

国际私法调整对象及相关问题再探讨

沈 涓

内容提要:认为国际私法的调整对象是国际或涉外民商事法律关系是国际私法学中的最大误解。法律选择规则的内容是指明涉外民商事法律关系应适用的实体法,并不确定当事人权利义务,即法律选择规则不具有调整涉外民商事法律关系的内容和功能,故不能以此为调整对象。法律选择规则的本质是规定法官选择法律的标准、方法和条件,属于程序性规则,也属于公法范畴的规则。国际私法虽不以涉外民商事法律关系为调整对象,但法律选择规则对其调整有着重要影响,近年来法律选择规则更是通过预设实体民商法适用结果来力争获得最好的调整结果。现代国际私法规则由国内规则和国际规则两部分组成,故国际私法既具有国内法性质,也具有国际法性质。

关键词:国际私法 调整对象 程序性规则 预设法律适用结果

沈涓,中国社会科学院大学法学院特聘教授。

一 问题的提出

国际私法的调整对象问题实为国际私法学中的老生常谈,但是成果虽多,却仍不够完整和深入,尚有需要合理解释的问题。诸如,国际私法的调整对象究竟是不是涉外民商事法律关系,如果是,为什么国际私法中的法律选择规则不能确定当事人之间权利义务,如果不是,那国际私法的调整对象是什么,涉外民商事法律关系又究竟受什么法调整;国际私法对涉外民商事法律关系的调整具有什么影响,法律选择规则对其调整具有什么作用;法的调整方法是否有直接调整和间接调整之分;法的价值追求是否等同法的调整对象;法的调整对象是否决定法的性质,等等,这些问题中存在的误解和混乱不仅影响国际私法学科的发展,更影响国际私法的立法和司法实践。各国国际私法学界在规范范围方面的争议导致国际私法规范种类和内容庞杂多样。在中国国际私法学界历来有“大国际私法”“中国国际私法”和“小国际私法”之分,^[1]外国人民事地位规范和国际统一实体规范属于

[1] 参见李双元、欧福永主编:《国际私法》(第五版),北京大学出版社2018年版,第12页。

实体规范,调整对象是国际或涉外民商关系中的实体问题;国际民事诉讼规范属于程序规范,调整对象是国际民事诉讼中的特别程序问题,这几类规范的性质和调整对象不存在争议,争议在于这几类规范是否属于国际私法规范。相反,法律选择规则是国际私法最主要的规范,这一点从来没有争议,但这类规范属于实体规范还是程序规范以及调整对象是否为国际或涉外民商关系却一直存在争议。^[2]本文试图重新厘清国际私法调整对象及相关问题,希望在此方面提出更有意义的认识和解释。

二 国际私法调整对象之误

域外国际私法学研究一般不涉及调整对象和调整方法问题,^[3]特别是英美法系的冲突法学,以法律选择为重点,至多涉及冲突法的性质和规范范围。^[4]但在 20 世纪 90 年代的中国国际私法学中,调整对象、调整方法、规则性质和渊源等问题曾是研究重点。^[5]

(一) 概念之误

在中国国际私法学的通说中,国际私法的调整对象一直被认为是涉外民商事法律关系,^[6]这是国际私法学存在的最大误解。根据相关法学词典的解释,法的调整对象是一定的能够体现为意志关系且在现实中具体存在的,具有明确的主体、客体和具体权利义务的社会关系。^[7]法可分为实体法和程序法,实体法是“规定实体权利和义务的法律”,^[8]程序法是“保证权利和义务得以实施的程序和手续的法律”。^[9]对照上述两项定义,可以分析国际私法的法律选择规则的调整对象是实体问题还是程序问题,进而确定法律选择规则是实体规则还是程序规则。

法律选择规则的内容是选择民商实体法,如不动产物权适用不动产所在地法、合同适用当事人选择的法律、结婚实质要件适用当事人各自本国法、侵权适用侵权行为地法等,这些法律选择规则只显示了法律选择状态,丝毫没有显示确定民商关系中权利义务的状态。也就是说,从法律选择规则的内容看,这类规则并不具有确定实体民商关系中权利

[2] 除非特别说明,本文所指的国际私法是以法律选择规则为核心内容的狭义国际私法,所论狭义国际私法的调整对象也仅指法律选择规则的调整对象。国际私法语境下的“涉外”最基本的含义是涉及其他法域,既包括以一个国家为一个法律适用空间范围的法域,也包括一国之内各个最小的法律适用空间范围的法域,为行文方便,除非特别说明,本文中的“涉外民商关系”包括国际民商关系和一国内区际民商关系。

[3] 参见赖来焜著:《基础国际私法学》,我国台湾地区三民书局 2004 年版,第 46 页;李玉生:《国际私法调整对象新论》,《南京师大学报(社会科学版)》1997 年第 4 期,第 36-41 页。

[4] See Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law* (14th ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 3-17; Clarkson & Hill's, *Conflict of Laws* (5th ed.), Oxford University Press, 2016, pp. 1-57; Lawrence Collins, Dicey, *Morris and Collins on The Conflict of Laws* (15th ed.), Volume 1, Sweet & Maxwell, 2018, pp. 3-37.

[5] 参见宋晓:《改革开放 40 年中国国际私法学之发展》,《法学评论》2018 年第 5 期,第 26-38 页。

[6] 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社 1983 年版,第 2 页;韩德培主编:《中国冲突法研究》,武汉大学出版社 1993 年版,第 163 页;李双元、欧福永主编:《国际私法》,北京大学出版社 2018 年版,第 1 页。

[7] 参见邹瑜、顾明主编:《法学大辞典》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 1067 页。

[8] 参见中国社会科学院法学研究所编:《法律词典》,法律出版社 2003 年版,第 1271 页。

[9] 参见邹瑜、顾明主编:《法学大辞典》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 1551 页。

义务的功能。这就表明,法律选择规则不可能是实体性规则,以法律选择规则为核心规则的国际私法,其调整对象也就不可能是民商实体问题。因此,不得不说,明知道法律选择规则不包含确定权利义务的内容,却仍然认为这些规则调整的是民商实体问题,这似乎已经不能简单地被视为一种误解,而是长久以来坚持的错误。

虽然法律选择规则是预先制定的,但在大多数情况下,法律选择的结果须在诉讼过程中产生,其状况与国内民事诉讼中的法律选择类似。只不过,国内民事诉讼中的法律选择是不同法规则的选择,如选择适用合同规则还是侵权规则,涉外民事诉讼中的法律选择是法域的选择,如选择甲国法还是乙国法。在涉外民事诉讼中,一国法院须进行这两种法律选择,即先进行法域选择,再进行法的部门选择。对法的部门进行选择主要是对民事关系的性质作出判断,然后选择可以调整这一民事关系的实体法。而法域选择相对复杂,既涉及法的内容,也涉及法的效力,既涉及法律选择理念、原则、方法和制度,也涉及法律选择结果,这种复杂性使法律选择规则逐渐庞杂,以至形成一个独立的法的部门,即狭义国际私法。但尽管如此,国内民事诉讼中的法律选择和涉外民事诉讼中的法律选择都是为了找到并适用一个能够调整民事关系的实体法而进行的活动。

因此,如果一定要对狭义国际私法在实体法和程序法之间归类,应该说,法律选择规则更接近于程序规则。

(二) 论述逻辑之误

尽管通说一直认为国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系,但法律选择规则不确定民商实体权利义务却是不争事实。面对这一偏差,通说认为国际私法采用了间接调整方法,选择民商实体法来调整涉外民商事法律关系,试图自圆其说。但间接调整说同样存在许多可以质疑的地方。

纵观法理学基础理论学说,找不到有关法律间接调整对象的论说。从法律的功能和作用看,法律规范一定的社会关系,结果应是法律直接作用于社会关系所产生的效果,^[10]即法律的调整对象应是调整力直接针对的目标,法律对社会关系只有调整和不调整之分,不直接调整即是不调整,并没有所谓间接调整,^[11]因此,国际私法间接调整涉外民商事法律关系的说法缺乏法理依据。

不可否认,国际私法与涉外民商事法律关系联系十分紧密,国际私法对调整涉外民商事法律关系有不可替代的作用。法律选择规则为涉外民商事法律关系选择应该适用的民商实体法,这是国际私法的唯一任务,是为了实现实体法对涉外民商事法律关系的调整,保证权利义务的确立和实现,并力图获得最合理、最公正的调整结果,这是国际私法的宗旨和价值追求,但这样的任务和宗旨并不等同于将涉外民商事法律关系作为调整对象,充其量可以将其视为法律选择规则的作用对象。此种情形类似于民事诉讼法与民事关系的联系。民事诉讼法的最高宗旨就是选择和适用民事实体法,解决民事纠纷,实现民事权利

[10] 参见李玉生:《国际私法调整对象新论》,《南京师大学报(社会科学版)》1997年第4期,第36-41页。

[11] 参见陈卫佐:《国际私法的归属问题之我见》,载黄东黎主编《国际法研究》(第三卷),中国人民公安大学出版社2009年版,第93-99页。

义务。法院和各当事人进行或参与民事诉讼活动是为了确定并实现各当事人之间的民事权利义务,这是民事诉讼活动存在的意义和价值追求,但不能因此认为民事诉讼法的调整对象是民事关系。奇怪的是,国内法中从未见到民事诉讼法的调整对象是民事关系以及民事诉讼法以间接调整方法调整民事关系这样的说法。同样情形,国际私法选择民商实体法以适用于涉外民商事法律关系却被认为国际私法以此为调整对象。这其中的错位是对调整对象与作用对象和价值追求之间关系理解混乱所致。也就是说,民事诉讼法和法律选择规则的适用与实体民商事法律关系受到调整之间没有直接因果关系,^[12]实体民商事法律关系权利义务的实现是因为适用了民商实体法,而不是因为适用了民事诉讼法或法律选择规则。

每一个法律部门都有自己特定的调整对象,且每一部法律都包含了能够调整其对象的内容,如果某一法律没有确定某一社会关系中权利义务的内容,或没有处理某一事项的内容,该社会关系或该事项就不能成为这一法律的调整对象,故,内容不涉及确定民商关系权利义务的法律选择规则就不可能以涉外民商事法律关系为调整对象。如果仅以间接调整理论就将涉外民商事法律关系纳入法律选择规则的调整对象范畴,会缺乏逻辑性和说服力,更严重的后果是,这种理论逻辑若被广泛引入各法学学科,将会使不同法律的调整范围被不适当扩大,最终导致各个法律的调整范围界限不清、目标不明。

此外还有一个问题:国际私法既然有间接调整对象,那更应该有直接调整对象,其直接调整对象就是法律选择事项,如果承认国际私法有两个调整对象,即涉外民商事法律关系和法律选择事项,一方面不符合法理逻辑,另一方面,两个调整对象前者是实体关系,后者是程序事项,从内容到性质都不相同,同一个法如何能够同时调整这样两个完全不同的对象?由此可见其中的谬误。

对间接调整说的主张或许源自一种顾虑,即如果不将涉外民商事法律关系视为国际私法的调整对象,法律选择可能会失去对涉外民商事法律关系调整结果的关注和重视。应该说,这种想法未免多虑。毋庸置疑,国际私法产生之初便以保证涉外民商事法律关系权利义务实现为己任,无论是否以涉外民商事法律关系为调整对象,这一目标不会改变,正如民事诉讼法虽不以民事关系为调整对象,却倾尽诉讼法之全力,保证实体民事权利义务的实现。但尽管如此,仍然必须清楚认识到,即使两者密切相关,涉外民商事法律关系也只是国际私法可以对其产生重大影响的对象,并非国际私法调整的对象。

(三) 权利义务之误

由于国际私法与民商事法律关系有着紧密的联系,^[13]导致出现国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系的错误认识。国际私法中涉及很多民商事法律关系中的概念,如民商事法律关系的主体、主体的民事权利能力和行为能力、物权关系、债权关系、婚姻家庭关系、继承关系以及一些商事关系等等。^[14]乍一看,确实可能会觉得国际私法调整的是

[12] 参见张春良:《体系选法论:在规则与方法之间》,《政法论坛》2019年第5期,第81-91页。

[13] 参见刘仁山:《〈民法总则〉对〈法律适用法〉的回应与启示》,《政法论坛》2019年第1期,第3-16页。

[14] 参见马志强:《民法典编纂背景下国际私法的立法方向》,《当代法学》2020年第3期,第33-43页。

民商事法律关系。实际上,正确的理解应该是,国际私法的作用是为涉外民商事法律关系选择民商实体法,故国际私法学研究的概念以及法律选择规则的措辞都与民商事法律关系联系紧密,但国际私法讨论国际性或涉外性、主体、客体、场所、事实、民事关系的性质是因为两个原因:第一,为了确定国际私法为之选择法律的民商事法律关系是否具有国际性和涉外性,如果具有,便需要适用法律选择规则为其选择应该适用的民商实体法,如果不具有,则无须适用法律选择规则;^[15]第二,这些因素关系民商实体法的选择,包括国际私法为什么样的民商事法律关系选择法律以及应该如何选择法律。可见,国际私法关注的是民商事法律关系的涉外性以及法律选择规则设置的合理性,而不是民商事法律关系实体问题。^[16]可以说,国际私法仅借民商事法律关系之概念,而不涉及其实质。

国际私法涉及涉外民商事法律关系的主体是因为,一方面需要确定相关法律关系的主体是否具有外国国籍或居住在外国,以确定是否具有涉外因素,另一方面需要依据主体的国籍、居所或惯常居所来确定该主体应该适用的属人法。所以,国际私法并不涉及主体的国籍、居所和惯常居所的确定,也不涉及主体权利能力和行为能力的确定,而是规定当出现法律冲突时应如何选择适用实体法解决。同样如此,对于各种具体民商事法律关系,国际私法也只重在分析其基本性质,目的不是确定权利义务内容,而是确定民商实体法的选择。如分析婚姻家庭关系的人身性,从而确定对涉外婚姻家庭关系应主要选择属人法,而不涉及婚姻缔结或婚姻解除的实质要件和形式要件的内容;分析物权关系的财产属性,以确定对涉外物权关系选择物之所在地法,却不涉及物权的产生、变更、消灭等内容;分析合同之债内含的契约自由精神,确定对涉外合同关系优先选择当事人认定的法律,但不涉及合同订立和成立的条件、不履行合同的后果和责任等内容;分析法定财产继承既有人身性、又具财产性的属性,便有对涉外法定继承选择属人法还是属物法的不同作法,并不涉及继承的范围、顺序和份额等内容,如此等等。

由此,还能看到另一个长久存在的误解。各种国际私法教材都指出,法律选择规则由“范围”和“系属”构成,范围部分表明法律选择规则所要调整的民商事法律关系种类,系属部分指明该法律关系应该适用的准据法。以“不动产物权适用不动产所在地法”为例,根据国际私法通说,该条法律选择规则中的“不动产物权”是“范围”,明示该条法律选择规则调整的是不动产物权关系,这一解释便是误导学习者。准确的理解应该是,不动产物权并非该条法律选择规则调整的法律关系,而是该条法律选择规则需要为其选择实体法的法律关系。法律选择规则直接确定不动产物权关系中的权利义务与法律选择规则选择一个物权法确定不动产物权关系中的权利义务,其间的差异清楚地证明了误解的真实存在。

[15] 参见 Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (4th ed.), Cambridge University Press, 2013, p. 1; Clarkson & Hill's, *Conflict of Laws* (5th ed.), Oxford University Press, 2016, p. 1; Lawrence Collins, *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* (15th ed.), Sweet & Maxwell, Volume 1, 2018, pp. 3-4; 张春良:《制度型对外开放的支点:私法关系涉外性之界定及重构》,《中国法学》2019年第6期,第86-104页。

[16] 参见张春良:《论涉域外夫妻不动产关系的法律适用——兼论复合性涉域外民事关系的法律适用方法论》,《江汉论坛》2019年第7期,第137-144页。

不确定具体法律关系中的权利义务内容,是国际私法不调整涉外民商事法律关系的重要佐证。而误认为国际私法的调整对象是涉外民商事法律关系正是一些人在研究中从法律选择问题误入民商实体问题之歧途的原因,有些国际私法学者甚至偏离至讨论如何完善民商实体法的规定,这样的研究注定不能对法律选择理论提出有贡献的见解,更无益于法律选择规则的设置和法律适用的司法实践。

或许是受前述法学词典中关于法律的调整对象是具有明确的主体、客体和具体权利义务的社会关系这一定义的影响,有研究者在赞同国际私法的调整对象不是涉外民商关系的前提下,认为国际私法也是在调整一种权利义务关系,即法律适用上的权利义务关系,法律选择规则在与某项涉外民商关系有关的多个国家法律中选择一个法律作为准据法,未被选择的“国家的法律均负有不得适用的义务”。^[17] 这样的观点也是错误的。实际上,前述法学词典对法律调整对象的定义更像是实体法调整对象的定义,实体法是规定主体间权利义务的法,而程序法则是“手续法”“辅助法”,规定实现实体关系中权利义务的步骤和手续,是工具性和技术性的法律,目的是最大限度实现实体权利义务。^[18] 如前所述,根据法律选择规则不确定权利义务、只作出法律选择的特性,这类规则更接近程序法,内容是选择法律的步骤、方法和标准等,具有工具性和技术性,^[19] 并不一定涉及权利义务,选择法律事项也不应被视为一种社会关系。

法律选择活动中没有民商实体关系意义上的主体,虽然法律选择活动的参与者是法官和当事人,如法官根据法律选择规则确定涉外民商事法律关系应该适用的准据法,当事人也可以根据法律选择规则的授权选择他们之间应该适用的准据法,但法官和当事人之间进行的都是选择准据法的环节,他们之间没有权利义务上的对应利益关系。至于法律适用上的权利义务则更不存在。法律选择和适用是对涉外民商事案件具有管辖权的国家的法院才能进行的行为,^[20] 如下文将要论述的内容,法律选择规则是赋予国内民商实体法以调整涉外民商事法律关系的效力的规则,对个案而言,只有具有管辖权的法院才能适用内国法律选择规则确定应该适用的国内民商实体法,与案件有关但未行使管辖权的国家对法律选择和适用没有发言权。故此,在法律选择和适用过程中根本谈不上法律未被选择的国家须承担其法律不得适用的义务,更何况,国内民商实体法得以适用或不得适用并非权利和义务的关系,而是具有效力和不具效力的差别,决定这一差异的只有对案件行使管辖权的法院。认为法律未被选择的国家须负有其法律不得适用的义务的研究者是设置了一个场景,即与一项涉外民商关系有关联的所有国家法官都坐在一起,讨论和商量应该选择各国中哪一国民商法适用于他们共同所涉的这项民商关系,最终,胜出的国家的民商法具有适用于案件的“权利”,未被选中的国家的民商法便必须承担不得适用于该案的

[17] 参见李玉生:《国际私法调整对象新论》,《南京师大学报(社会科学版)》1997年第4期,第36-41页;胡家强:《对国际私法调整对象和范围的重新认识》,《法律科学(西北政法大学学报)》2002年第6期,第116页。

[18] 参见孙向阳:《程序法和实体法的关系》,《河北法学》2001年第3期,第70页。

[19] 参见杨利雅:《冲突规范性质的法理学分析》,《当代法学》2005年第3期,第111-115页。

[20] 参见黄晖:《涉外民商事审判中的直觉选法及其克服——由最高人民法院(2015)民四终字第9号判决展开》,《法商研究》2019年第5期,第159-170页。

“义务”。这样的场景无论是在国际私法的理论中还是司法实践中都是不可想象的,不知道最终的法律选择结果是依据这些国家中哪一国的法律选择规则产生的,也不知道是由哪一国法官适用所选准据法并作出最后的判决。

此外,认为狭义国际私法是解决或调整法律冲突的法也不够准确。^[21] 一项国际或涉外民商事法律关系引起的是相关各国实体法的内容和效力双重冲突,适用法律选择规则的结果是从相互冲突的法律中选择一个法律作为准据法。此时,解决的是各国法律的效力冲突,即在效力并存的各国实体法中选择一个实体法,该实体法因此具有调整该项涉外民商事法律关系的效力,其他相关国家的实体法则不具有调整效力,但各国实体法内容上的冲突并未得到解决,冲突依然存在,可见,法律选择规则并不能解决各国民商法之间内容上的冲突。

(四) 结果预见性之误

对法律适用结果缺乏预见性一直是法律选择规则被诟病的缺陷,这其实也是一种误解。如前所述,法律选择规则因为不是确定实体民商权利义务的规则,所以,这类规则长期以来被认为无法显示对涉外民商事法律关系调整结果的预见性,这种认识是陷入了逻辑上的矛盾状态,既知晓法律选择规则不确定权利义务,又要求这类规则能够显示对权利义务确定的结果的预见性。既然法律选择规则不确定权利义务,那这类规则不能显示对实体法调整结果的预见不是很正常的结果吗?为什么这种不能预见就成为法律选择规则最严重的缺陷呢?作为以实体民商法的选择为目标的法律选择规则应该显示的是法律选择结果的预见性,本就不承担预见权利义务确定状况的责任,所以,要求法律选择规则显示对民商实体法适用结果的预见性实为强国际私法之所难。

尽管如此,法律选择规则也并非对实体法适用结果的产生完全无能为力。事实上,现代国际私法的努力方向一直是提高法律选择规则对实体法适用结果的关注和影响,方法是在法律选择规则中设置想要获得的实体法适用结果,再通过法官在个案中对法律选择的裁量,实现法律选择规则预设的结果。^[22] 这些结果既是民商实体法追求的结果,也是国际私法追求的结果。法律选择规则直接、明确地指出各种涉外民商关系应该适用使当事人民事行为有效成立的法律、有利于保护弱者的法律、有利于受害人的法律等等,^[23] 法官面对具体案件,考察与案件相关的各国法律,最终选择能够实现法律选择规则要求实现结果的民商法。^[24] 这表明,法律选择规则虽然不能显示实体法适用的结果预见性,但可以预先设置实体法适用后的理想结果,通过法官对相关国家法律的考察和选择来实现这种结果。

[21] 参见张春良:《体系选法论:在规则与方法之间》,《政法论坛》2019年第5期,第81-91页。

[22] 参见徐鹏:《涉外法律适用的冲突正义——以法律关系本座说为中心》,《法学研究》2017年第3期,第189-207页;翁杰:《涉外民事案件法律适用释法说理问题研究》,《政法论丛》2019年第3期,第30-41页;袁发强:《法律选择标准的多维性及其价值伸张》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第4期,第73-83页。

[23] 参见翁洋:《“有利于”类型冲突规范的适用模式及其论证方法》,《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第4期,第190-201页。

[24] 参见徐冬根:《论国际私法人本性的法理逻辑与规范诠释》,载黄进、肖永平、刘仁山主编《中国国际私法与比较法年刊》(2019·第二十四卷),法律出版社2020年版,第3-18页。

(五) 国际私法名称之误

本文主题所属学科自古名称颇多,后来逐渐集中在国际私法和冲突法两个名称,^[25]但这两个名称对这个学科而言都名不符实。

私法在法学词典和法学教材中通常被解释为民商法,因此,以“国际私法”命名这一学科也难怪会有人将其等同于“国际民法”,如一部 20 世纪 70 年代末出版、80 年代初修订再版的法学词典设置了“国际民法”词条,并解释“即国际私法”。^[26]确实,既然民法是私法,那么,仅从字面理解,将国际民法解释为国际私法并没有错,^[27]错的是国际私法学界给了这个学科一个错误的名称。当然,现在无论是法学词典还是国际私法的教材、专著和论文都不会再出现“国际私法即为国际民法”这样的解释,但国际私法这个错误的名称仍然被约定俗成地保留下来,用于指称这一学科,即使有意提出一个新名称,短时间也难被广泛接受,好在国际私法这一名称是否正确并非本文讨论的重点。可以看出,名称的错误源于对国际私法调整对象理解上的错误,如果国际私法调整的是国际民商事法律关系,那么,将这一学科或法的部门命名为国际私法或国际民法则无可非议。但如前所述,国际私法中的核心规则是法律选择规则,这类规则不是实体规则,不规定法律关系的权利义务,也就是说法律选择规则并不调整国际民商事法律关系,所以,将这类规则构成的学科或法的部门称为国际私法不够准确。如导言所述,国际私法的特殊性之一表现在规范的组成,这一点与国际私法的调整对象和名称都有关系。广义国际私法的规范包括国际统一民商实体规范,^[28]这是多国共同制定、以民商实体规则为核心内容的规范体系,如 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》(*the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG)即是这类国际统一民商实体法,相比狭义的、以法律选择规则为核心内容的国际私法,这类规范更适合这一名称,同时也是真正以国际民商事法律关系为调整对象的规范。

至于冲突法这一名称,在对调整对象的认识上并没有起到应有的作用。从字面看,由于缺失“国际”和“私法”的指示,使得冲突法这一名称无法显示它为之服务的是一种国际性或涉外性的民商事法律关系,但“冲突”一词显示了它的目标是通过法律选择来调整实体法冲突。本来,顺着“冲突”一词的指引,应该可以得出冲突法的调整对象是法律冲突状态、不是涉外民商事法律关系的结论,但遗憾的是,所有论及冲突法的研究成果都认为冲突法和国际私法只是英美法系国家和大陆法系国家对同一学科或法的部门的两种不同称谓,二者都以国际或涉外民商事法律关系为调整对象。^[29]既然如此,对冲突法的调整对象也就没有更多可讨论的了。

[25] See Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law* (14th ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 16 - 17; Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (4th ed.), Cambridge University Press, 2013, pp. 3 - 4; Lawrence Collins, *Dicey, Morris and Collinson The Conflict of Laws* (15th ed.), Volume 1, Sweet & Maxwell, 2018, pp. 36 - 37.

[26] 参见《法学词典》编辑委员会编:《法学词典》,上海辞书出版社 1984 年版,第 522 页。

[27] 参见孙尚鸿:《国际私法的逻辑体系与立法定位》,《法学评论》2019 年第 2 期,第 143 - 152 页。

[28] 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社 1997 年版,第 5 - 12 页。

[29] 参见韩德培主编:《中国冲突法研究》,武汉大学出版社 1993 年版,第 1 页。

如前所述,国际私法和冲突法这两个名称与本文所涉学科和法的部门并不相符,只是因为约定俗成而被沿用。虽然本文难以一己之力改变这一学科和部门法的名称,但为求论证的完整性,本文仍愿意提出自己认为更准确的名称,即法律选择法,构成该学科和部门法核心的主体规则是法律选择规则。

三 国际私法调整对象相关问题

仅仅论证国际私法的调整对象不是涉外民商事法律关系还不足以把全部问题理清,此外,涉外民商事法律关系究竟受何法调整、国际私法的调整对象究竟是什么、国际私法对涉外民商事法律关系的调整究竟有什么样的作用和影响等,都需要进一步的讨论。

(一) 调整国际或涉外民商关系的法律

既然国际私法的调整对象不是涉外民商事法律关系,那么,涉外民商事法律关系究竟由哪个法调整?

由于直接调整涉外民商事法律关系的法不能明显地第一时间显示它的调整效力,可能会产生何为直接调整法的疑问。从法的内容和功能看,只有实体民商法才有确定民商事法律关系当事人权利义务的内容,民商法也由此具有调整民商事法律关系的功能。如前所述,法律选择规则没有确定当事人权利义务的内容,也就不具有调整功能,因此,涉外民商事法律关系只能由民商法调整。这一点不难理解。虽然涉外民商事法律关系具有国际性或涉外性,但并不会因此改变其民商事法律关系的本质,除去涉外因素,与非涉外民商事法律关系无异,都应适用民商法调整。如果因为涉外性,就认为这种关系应由法律选择规则调整或由法律选择规则和民商法共同调整,便是无视法律选择规则功能上的短缺。因此,应该说,国内民商实体法始终承担了调整所有民商事法律关系的功能,不论是法域内还是涉外,只不过法域内民商法对域内民商事法律关系具有直接调整的效力,而对涉外法域民商事法律关系则需要法律选择规则赋予这种效力。

国际私法视野中有两类民商实体法,一类是国际统一民商实体法,另一类是国内民商实体法。国际统一民商实体法的内容是确定民商关系中权利义务的规则,这样的内容决定了这类规则对国际民商关系具有针对性的调整功能。虽然国际统一民商法和国内民商法都可以调整国际或涉外民商事法律关系,但与国际统一民商法是直接针对国际民商关系而制定的情况不同,各国国内民商法是针对国内民商事法律关系制定的。因为法律的属地效力,各国国内民商法只对国内民商事法律关系有直接的调整效力,对涉外民商事法律关系不具有当然的调整效力,只有通过法律选择规则的援引,各国国内民商法才能被适用。

由此可见,国内民商法对本国和涉外民商事法律关系的调整效力不同,国内民商法对内的调整效力是长效的,只要颁布实施,就在有效期内始终具有当然的调整效力,无须在个案中再次确认;但国内民商法对外的调整效力不是长效的,只在个案中,通过法律选择规则的援引,被援引的特定国内民商法才对特定个案具有调整效力。当个案处理完毕,国

内民法随即失去对涉外民商事法律关系的调整效力,不可能据此拥有了可以不经法律选择规则援引对所有涉外民商事法律关系都可直接适用的效力。这也是法律选择规则存在的意义,如果没有法律选择规则赋予国内民法对外的调整效力,大量涉外民商事法律关系便无法获得有效调整。

(二) 国际私法对调整涉外民商事法律关系的影响

除了调整国际或涉外民商事关系的法律是什么,另一个与国际私法调整对象相关的重要问题是:国际私法的调整对象若不是国际或涉外民商事法律关系,那它的调整对象是什么?其实,这一问题的答案在上文中已多有明示,即国际私法的调整对象是法律选择事项。但这样的答案尚显不足,基于本文国际私法的调整对象与国际或涉外民商事关系相关联的讨论背景,本文还须进一步论述国际私法通过调整法律选择事项对涉外民商事法律关系的调整产生什么样的作用和影响。

不可否认,国际私法与涉外民商事关系、特别是与涉外民商事关系的调整联系密切、影响深远。虽然法律选择规则不以涉外民商事关系为调整对象,但在各国法院处理涉外民商事纠纷时,法律选择规则不可或缺。在处理涉外民商事法律纠纷时,法官只有先适用法律选择规则确定准据法,才能适用准据法调整涉外民商事法律关系,最终解决涉外民商事纠纷。同样是民商事法律关系,国内民商事法律关系可直接受国内民法调整,但涉外民商事法律关系必须等待法律选择规则为其选择国内民法,即使是法院地国的强行性规定,也不具有直接适用的效力,它们仍然需要受单边法律选择规则的指定才能适用。^[30]可见,法律选择规则是专门服务于涉外民商事法律关系调整的规则。可以说,在今天的国际社会,没有法律选择规则,国际或涉外民商事法律关系便无法获得有效调整,没有双边法律选择规则,国际私法将退回法律适用的属地主义。双边法律选择规则的产生和发展将国际私法拉出了属地主义的樊笼,单边法律选择规则不再是唯一的法律选择规则类型,内国法也不再是调整涉外民商事关系时唯一的准据法,通过双边法律选择规则连结点的内外双向选择性,外国民法在内国法院被适用成为可能。双边法律选择规则以平等选择内国法和外国法的态度表明了对民法域外效力的承认,当各国国际私法法规皆以双边法律选择规则为主要规则时,对民法域外效力的承认便具有了普遍性,法律选择规则得以在更广阔的范围完成选择法律的使命。因此,法律选择规则赋予了内国民商法以域外效力,在调整涉外民商事法律关系时,一国法院不仅可以适用内国民商法,还有可能适用外国民法,这就意味着,调整国内民商事关系的法是唯一,无可选择,而调整涉外民商事关系的法有多个备选,法官可根据预制法律选择规则的要求,选择适用能实现更好调整结果的法。由此可见,法律选择规则赋予内国民商法域外效力具有重要意义,即国际私法能够让涉外民商事法律关系得到较国内民商事法律关系更好的调整结果。

法律选择规则赋予内国民商法调整涉外民商事法律关系的效力以及域外适用效力的意义还在于,站在国内民法的地位看,在被法律选择规则援引后,内国民商法便具有了个案中调整涉外民商事法律关系的效力,也具有了在外国法院被适用的效力,这表

[30] 参见沈涓:《强行性规定适用制度再认识》,《国际法研究》2020年第6期,第86-104页。

明法律选择规则延长了内国民商法的适用效力,将内国民商法仅在国内范围适用的效力延长至涉外民商关系和外国法院,因此,法律选择规则还是延伸国内民商法适用效力的规则。

除了上述影响,国际私法对调整涉外民商事法律关系的最大影响莫过于通过选择民商法实现最好的调整结果。结果选择方法是现代国际私法发展的产物,源自英美法系,迅速席卷欧美世界,^[31]然后波及亚洲。这种方法是在法律选择规则中设置希望实现的涉外民商事法律关系调整结果,然后依靠法官对个案中相关各国民商法内容的考察,选择能够实现预制法律选择规则要求实现的调整结果的实体法。^[32]这种法律选择规则将法律选择与法律适用结果紧紧联系在一起,可见法律选择规则对涉外民商关系调整影响的重大程度远远超出了国内民事诉讼法对国内民商关系的影响。但是,法律选择规则对涉外民商关系调整结果的预设与民商法规则对法律适用结果直接呈现仍有差异。如2011年4月开始实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第29条规定:“扶养,适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律。”这条规则虽然在内容上没有显示所选实体法对扶养关系作了什么样的规定,但规则预设了法律选择和法律适用的结果是有利于保护被扶养人利益,因此可以预想涉外扶养关系的调整结果是有利于保护被扶养人利益。

两相比较,可以看出,民商实体法是从条文内容上直接显示法律适用的结果,而法律选择规则则是从条文内容上显示对法律适用结果的预设,先天不具有对调整结果直接设定的功能。但比较国际私法历史的早期法律选择规则只是机械地指引准据法、丝毫不预设调整结果的情况,现代国际私法最大贡献便是在法律选择规则中预设法律适用结果,极大地加强了国际私法对调整涉外民商事法律关系的影响,作为在内容上无法表明实体法适用结果的规则,法律选择规则已经尽力在最大程度上促使涉外民商事法律关系获得最好的调整结果。

既然法律选择规则所援引的实体法调整的是民商事法律关系,那么,法律选择规则对调整结果的预设就不可能是任意的,必须符合民商法调整相关法律关系时的价值判断,并随着民商法价值追求的发展而发展。^[33]在民商法中存在重男轻女的观念的时代,法律选择规则为婚姻关系援引的多为丈夫一方属人法;在禁止离婚或离婚条件苛刻的时代,法律选择规则为离婚大多重叠援引属人法和法院地法;在主张弱者利益应特别保护的時代,法律选择规则指明应适用有利于弱者的法律,如此等等。^[34]这是法律选择规则与民商法联系密切并对调整涉外民商关系影响深重的又一表现,即虽然国际私法不以涉外民商关系为调整对象,但必须紧密贴近民商法的观念和价值追求,如此方能为涉外民商关系选择最

[31] 参见[美]荣格著:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐妮娜译,北京大学出版社2007年版,第233页。

[32] 参见 Symeon C. Symeonides, Result-Selectivism in Conflicts Law, 46 *Willamette Law Review* 1, 1-32 (2009); 沈涓:《法官裁量对结果选择的实现之认识》,载赵建文主编《国际法研究》(第四卷),中国人民公安大学出版社2011年版,第57-73页。

[33] 参见梅傲、罗迪:《“人本”语境下连结选择方法论》,《武大国际法评论》2021年第4期,第89-105页。

[34] 参见邢钢:《国际私法体系中的多边主义方法:根源、机理及趋向》,《河南大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第50-57页。

合适的准据法,也才能在涉外民商关系的调整中发挥如虎添翼的作用。

(三) 国际私法的性质

本文讨论国际私法的性质,是因为这也是与国际私法调整对象有关的问题,但本文不以此为主题,故仅简单予以说明。性质是国际私法众多有争议的问题之一,本文重点讨论两个相关问题:国际私法是公法还是私法;国际私法是国内法还是国际法。

前文已作提示,法律选择规则不是确定权利义务的规则,故不属于实体法范畴。本质上法律选择规则为法官选择实体法设置了原则、方法、标准、条件和限制,是法官选择法律的行为准则,即“法官之法律”。^[35]即使是法律选择规则授权当事人选择实体法,最终也须由法官审查当事人对实体法的选择是否符合法律的规定,从而决定当事人对实体法的选择是否有效。根据法律选择规则的内容和功用,可以看出:第一,法律选择规则是规范法官选择民商实体法的规则,属于不涉及权利义务的技术性或工具性程序规则;^[36]第二,法律选择规则基本上属于强行性规则,即法律选择必须遵守法律选择规则进行,不由法官或当事人任意为之,即使是法官裁量,也必须依据法律选择规则设定的条件和限制进行,并非完全自由裁量,当事人选择法律同样必须依据法律选择规则设定的条件和限制进行,最终由法官确定当事人选择的效力;第三,各国法律选择规则是指导内国法官选择法律的规则,也就是说,一国法院审理涉外民商事案件时,除了接受反致或考虑外国强行性规定的适用等极少数情况,只适用内国法律选择规则去选择准据法,这表明,与各国国内民商法的域外效力已被普遍承认不同,各国国内法律选择规则的域外效力并没有被普遍承认。

综上,本文认为,法律选择规则的性质属于程序法,^[37]故应归为公法范畴。但这可能引出一个荒唐的结论:国际私法是公法。其“荒唐”之处在于:其一,文字表述的荒唐,类似于“这只会打鸣的公鸡是一只会下蛋的母鸡”;其二,以“私法”之名指称一个“公法”学科和“公法”性质的部门法,再一次证明国际私法这一名称的不合适。究其原因,仍是因为对国际私法调整对象的误解,认为国际私法既然是调整国际或涉外民商事法律关系的法,当然是私法。^[38]与本文一样认为国际私法是公法的观点虽然极少,但还是能在一些研究成果中看到。^[39]或许有人会质疑,为什么国际私法只能要么是实体法,要么是程序法?国际私法的法律选择规则是否与实体规则和程序规则并列的第三类规则?对此,本文认为:第一,法律选择规则不是可与实体规则和程序规则并列的规则,因为三者划分标

[35] 参见赖来焜著:《基础国际私法学》,我国台湾地区三民书局 2004 年版,第 138 页。

[36] 参见邢钢:《国际私法体系中的实体主义方法:内涵、机制与构造》,《山东社会科学》2018 年第 11 期,第 107 - 114 页。

[37] 参见费宗祯:《对中国国际私法的重新认识》,《人民法院报》2018 年 1 月 24 日第 7 版。

[38] 参见谢石松:《国际私法的调整对象、范围及性质问题新论》,《法学评论》2007 年第 3 期,第 28 - 36 页;张晓东、董金鑫:《冲突法性质、归属的法理学分析——对国际私法的调整方法和范围的反思》,《法治研究》2010 年第 1 期,第 53 - 60 页;Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (14th ed.), Cambridge University Press, 2013, p. 4; Clarkson & Hill's, *Conflict of Laws* (5th ed.), Oxford University Press, 2016, p. 3。

[39] 参见梅仲协著:《国际私法新论》,我国台湾地区三民书局 1980 年版,第 10 页;[法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司 1989 年版,第 24 页;陈卫佐:《国际私法的归属问题之我见》,载黄东黎主编《国际法研究》(第三卷),中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 93 - 99 页。

准不同,实体规则和程序规则是根据规则的性质划分的类别,法律选择规则是根据规则的功用划分的类别,即“法律选择规则”只能显示这类规则的功用是进行法律选择,并不能显示这类规则的属性,若要按属性划分类别,还要进一步判明法律选择规则解决的是实体问题还是程序问题,或者判明法律选择规则是具有实体性和程序性以外的第三种属性的规则;第二,法学理论中目前仅存在实体法和程序法两大类不同性质的规则体系,尚未明确确立第三类性质的规则体系,认为法律选择规则是既非实体规则、亦非程序规则的第三类性质的规则缺乏法理依据。因此,本文仅立足于实体规则和程序规则这两类性质的规则体系来论证国际私法的性质,并不想标新立异地在实体法和程序法之外论证国际私法属于第三类性质的规则体系。

至于国际私法是国内法还是国际法的问题,应该依循历史线索考虑。属地主义时期,各国处理涉外民商纠纷只适用域内法律选择规则的习惯法和成文法,且法律选择方向单一。但是在双边法律选择规则大量产生后,带来了各国双边法律选择规则之间的冲突,且随着国际民商事法律关系的发展而加剧,给国际社会法律冲突的解决造成不利后果,终至国际社会不得不直面法律选择规则之间的冲突问题,于是有了统一法律选择规则运动。^[40] 目前国际社会最重要的统一国际私法机构海牙国际私法会议已制定四十余部公约,绝大多数以法律选择规则为内容。这些公约的产生使国际私法的性质变得不再仅仅是国内法,而具有了国际法的性质。

在几乎所有教材和词典中,对国际法的解释都是国际公法,而不论及国际法是否包括国际私法和国际经济法。在早期,这种解释不会存疑,因为当时能够称得上国际法的只有调整国家主权者之间关系的法,主权者之间的关系的参与者只有国家,个人不是国际关系的主体,也没有调整个人之间关系的国际法。但随着国际关系的发展,这种状况已有所改变,大量地超出一国领域的民商关系形成了另一种国际关系,即国际民商事法律关系。同时,参与国际关系的主体也发生变化,包括自然人和法人在内的个人也可以成为国际公法的主体,国家和国际组织也可以参与国际民商事活动,且公法关系和私法关系已经互相渗透,变得界限模糊。^[41] 至此,仍然主张国际法即为国际公法便不够准确,除了调整国家之间关系的国际公法之外,以公约形式存在的、调整国际民商关系和国际经济关系的法以及为国际民商关系确定实体法的法律选择规则都应属于国际法。因此,国际统一民商实体法固然属于国际法,海牙国际私法会议制定的数十部公约自然也属于国际法,是广义国际法体系的组成部分。^[42]

国际统一民商实体公约和国际统一法律选择规则公约适用于国际或涉外民商关系时都须首先转化为国内法才能得到适用。^[43] 但不能将国际公约的性质与国际公约在国内

[40] 参见何其生:《国际私法秩序与国际私法的基础性价值》,《清华法学》2018年第1期,第31-50页。

[41] 参见[荷]汉斯·范鲁:《全球视角中的国际私法》,张美榕译,《国际法研究》2017年第6期,第3-52页。

[42] 参见黄进著:《宏观国际法学论》,武汉大学出版社2007年版,第6页;谢石松:《国际私法的调整对象、范围及性质问题新论》,《法学评论》2007年第3期,第28-36页。

[43] 参见张晓东、董金鑫:《冲突法性质、归属的法理学分析——对国际私法的调整方法和范围的反思》,《法治研究》2010年第1期,第57-58页。

的适用混为一谈。国际公约由多国共同制定,在缔约国具有普遍效力,缔约国必须受公约约束,国际公约的这种属性在公约产生之时便已具有,一项国际公约的国际法属性并不以是否有国家签署、是否有国家将其转化为国内法在国内适用而改变,转化是国际公约在国内适用的一种形式,不会决定或影响国际公约的性质。

国际社会没有一个国际法院可受理国际民商纠纷,国际或涉外民商事纠纷都是由各国内法院受理,国际统一民商实体公约不能直接适用,因为一项国际民商事纠纷所涉各国可能只有部分是某公约的缔约国,该公约只能被法院视为缔约国国内法的一部分,且各国内法效力平等,法院仍然要通过适用法律选择规则来选择实体法,即实体公约须经由法律选择规则的援引,以缔约国国内法的形式被适用。同样,国际统一法律选择规则公约也须经国内转化,才能作为国内法律选择规则确定实体法,例如日本 2007 年修订的《法律适用通则法》(Act on the General Rules of Application of Laws Law)即将前述 1961 年海牙《关于遗嘱处分方式法律冲突的公约》(Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions)全部纳入,作为确定遗嘱方式准据法的规则,不再另行设置确定遗嘱方式准据法的法律选择规则。但这种国际公约在国内适用的方式并不影响公约的国际性,不能得出公约是国内法的结论。

综上所述,应该认为,虽然仍有观点认为,国际私法是国内法(法院地法)的组成部分,^[44]但今天的国际私法已经具有国内法和国际法双重属性,由各国自己制定的法律选择规则属于国内法部分,由多国共同制定的法律选择规则公约属于国际法部分,这是更实事求是的结论,因为无论如何不能认为海牙国际私法会议制定的大量法律选择规则公约是国内法。欧洲一些国家的国际私法的重要渊源是欧盟国际私法,同时也受到海牙国际私法会议制定的国际私法公约的深重影响。^[45]

四 结 语

虽然国际私法是古老学科,但这一学科遗留的错误和误解应该比其他任何一个法学学科都多,国际私法的调整对象只是其中之一。对于一个法学学科而言,调整对象是极其重要的、关乎根本的问题,在这样一个问题的讨论中得出调整对象并非一直被认为的那样的结论,确实令人难以接受,但分析和论证导出了这样的结论,本文便接受并重视这样的结论。如果有更多的人愿意不再人云亦云,愿意认真看待一些事实,相信会有更多人接受这样的结论。

本文从多个方面反复论证狭义国际私法的调整对象不是涉外民商事法律关系,是力图析清这个学科的初心,厘定这个领域的边界,进而端正立法和司法的宗旨,由此论,重新认识国际私法的调整对象仍是有意义的事情。

[44] See John O'Brien, *Conflict of Laws* (2nd ed.), Cavendish Publishing Limited, 1999, pp. 3-5; Michael Bogdan, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, Hague Academy of International Law, 2012, pp. 34-44.

[45] See North and Fawcett, *Private International Law* (14th ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 11-16; Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws* (15th ed.), Volume 1, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 10-13.

[**Abstract**] It is the biggest misunderstanding in private international law to think that the applicable objects of private international law are international or foreign-related civil and commercial relation. The rule of choice of law aims to specify the substantive law applicable to foreign-related civil and commercial relations, but does not specify the rights and obligations of parties involved in civil and commercial relations. That is, the rule of choice of law does not have the content and function of adjusting foreign-related civil and commercial relations, so the objects it adjusts cannot be foreign-related civil and commercial relations. The statement in the general theory that private international law adjusts foreign-related civil and commercial relations by means of indirect adjustment is also incorrect. If private international law directly adjusts the choice of law and indirectly adjusts foreign-related civil and commercial relations, it means that there are two objects of adjustment in private international law. The former is a substantive relationship and the latter is a procedural matter, and the content and nature of the two are different. The implication that one law adjusts two objects with completely different characters at the same time can only show the fallacy of this statement. It is also a misunderstanding to think that private international law lacks the prediction of the result of law application. Since the rule of choice of law does not determine rights and obligations, such rule can only assume the function of predicting the result of choice of law, not the result of application of law. The essence of the rule of choice of law is to stipulate the criteria, methods and conditions for the judge to choose the law. It is a procedural rule as well as a rule in the category of public law, which is enough to show that “private international law” is a misnomer. Even if a civil and commercial relationship is foreign-related, it still belongs to the scope of the civil and commercial relationship and can only be adjusted by civil and commercial substantive law. Although private international law does not take foreign-related civil and commercial relations as its objects of adjustment, the rule of choice of law has an important impact on the adjustment of foreign-related civil and commercial relations. The applicable law of foreign-related civil and commercial relations must be invoked through the rule of choice of law. Therefore, the rule of choice of law is a rule that specifically serves the adjustment of foreign-related civil and commercial relations. It expands the scope of choice for the applicable law of foreign-related civil and commercial relations through the equal choice between domestic and foreign laws regulated by bilateral rule of choice of law. The recent rule of choice of law even presupposes the results of the application of substantive civil and commercial law to strive to achieve the best effect when adjusting foreign-related civil and commercial relations. Modern private international law rules are composed of two parts, domestic rules and international rules, so private international law has the nature of both domestic law and international law.
